nicht bedeutend genug, daß die Befreiung davon für die Kinder so wünschenswerth seyn könnte, wie sie es ehemals gewesen.

Der eigene Erwerb ist denselben nicht nur größten Theils freigegeben, sondern es wird auch die väterliche Einwilligung zur Emancipation, wenn der fil. fam. dabei wirklich ein Interesse haben sollte, keineswegs mit der römischen Strenge erfordert, ja sie kann nöthigen Falls erzwungen werden, wo dann der Vater ohnehin allen Anspruch an das Vermögen des Kindes zur Strafe verliert [12].

Nach diesen Grundsätzen war die aufgeworfene Frage zu erörtern, und ihnen gemäß ist die querela in officiosi testamenti oder nullitatis ex Nov. 115. nie, und nur ausnahmsweise ein Recht auf den Pflichttheil für den Adoptivvater in jure communi begründet.

XXVII.

Ueber die Priorität des Todes.

Vom
Prof. Dr. Mühlenbruch in Halle.

Die Bestimmung der Erstigkeit des Todes von Mehreren, deren Tod gewiß ist, wobei aber eine Ungewißheit in Ansehung der Zeit des Todes eintritt, kann hauptsächlich in folgenden Beziehungen wichtig seyn:

1) für die Frage: wer von beiden des Anderen Intestat-Erbe geworden sey? — wenn nämlich Beide einander beerben, sonst aber Jeder wieder verschiedene Erben hat [1];

---

12) R. f. z. B. L. ult. D. si a parente quis man. sit. (37, 12.).

1) Diese Anwendung ist die gewöhnlichste, und darum pflegt sie von

II) Wenn von dem Ueberleben des Einen die Gültigkeit und Wirksamkeit gewisser, vertragsmäßiger oder letztwilliger Verfügungen abhängt —, z. B. die Gültigkeit des väterlichen Testaments von der Frage: ob der präterirte Posthumus vor dem Vater gestorben ist?) — oder ausdrücklich abhängig gemacht ist.

Hier, wie in unzählig anderen Lebensverhältnissen, tritt der Fall ein, daß die positive Gesetzgebung sich ins Mittel legen muß, um Festigkeit und Bestimmtheit da zu schaffen, wo die Anwendung blos doctrineller Gründe die Sache einem unbestimmten und schwankenden Ungefähr Preis geben würde. Der Zweck dieser Bestimmungen kann zunächst nur darin bestehen, daß es nicht an festen Entscheidungsnormen für die von einem solchen Todesfalle abhängigen Rechtsverhältnisse fehle, und dieser Zweck kann entweder unmittelbar, durch Aufstellung von Rechtsnormen, welche es unentschieden lassen, wer von mehreren Verstorbenen der Ueberlebende sey, erreicht werden, oder mittelbar, durch Festsetzung von Vermuthungsgründen für das frühere oder spätere Ableben eines der Gestorbenen. In beiden Fällen sind — soferne nicht etwa schon der erwiesene Tod Mehrerer ein hinreichender Grund ist, um für Jemanden ein Recht eintreten zu lassen [2]) — Beweise für das Ueberleben oder für das frühere Absterben eines bestimmten Individuums noch zuläßig, und hier ist es, wo die Anwendung ärztlicher Kenntnisse (wenn es an anderen sicheren Zeugnissen fehlt,) von Nutzen seyn kann; zu einem festen Resultat wird sie wohl selten führen. Denn nicht zu gedenken, daß so sehr oft die Todesart ganz unbekannt ist, noch öfter aber die Körper der Verstorbenen fehlen, oder doch nicht mehr

---

Aerzten auch wohl für die einzige gehalten zu werden. S. Mendes ausführl. Handbuch der gerichtlichen Medicin. I. Thl. (Leipz. 1819.) S. 436. fg.

2) So in den Fällen der L. 9. pr. und §. 3. D. de reb. dub. L. 34. pr. und L. 42. de V. et P. Subst.

in einem solchen Zustande vorhanden sind, daß die Untersuchung mit Erfolg begonnen werden kann, — so läßt sich doch das Daseyn der tausend kleinen Zufälligkeiten, welche hier einzuwirken pflegen, durch Regeln irgend einer Kunst oder Wissenschaft in den wenigsten Fällen erforschen, noch deren Einfluß auf die Individuen gehörig würdigen. Möchte indessen auch hierin die Geschicklichkeit unserer Aerzte weiter gehen, als der Vf. annimmt, immer müssen wir bloßen Möglichkeiten den Eingang verwehren, wodurch der Zweck der Gesetzgebung: durch feste Bestimmung dessen, was nur Gegenstand einer zweifelhaften Wahrnehmung seyn kann, zu verhüten, daß nicht nach ungewissen und schwankenden Wahrscheinlichkeitsgründen entschieden werde —, so leicht ganz vereitelt werden könnte. Dieß aber gilt insonderheit von den allgemeinen Vermuthungen, die man aus physischen Gründen den gesetzlichen entgegenzustellen von Zeit zu Zeit versucht hat. So soll bei Verstorbenen verschiedenen Geschlechts das Ueberleben des Mannes angenommen werden, mit Ausnahme von Erstickungsfällen, wo wegen der erweiterten weiblichen Brusthöhle eine gerade umgekehrte Vermuthung statt finde [3]. Ferner soll bei der vom positiven Recht aufgestellten Präsumtion für das frühere Ableben der Unmündigen ein gleicher Termin der Pubertät für beide Geschlechter angenommen werden, ja man ist so weit gegangen, zu behaupten, daß eine nur geringe Ueberschreitung des Pubertätstermins jene Vermuthung noch nicht eintreten lasse, sondern eine Weile noch das Ueberleben des Aelteren anzunehmen sey [4]. Dann hätte ja aber das

---

3) S. Paul Zachiae quaest. med. legal. Lib. V. Tit. II. Qu. 12. N. 21 — 27. Eine Anwendung davon auf den Fall, wo Mutter und Sohn ihr Leben zu gleicher Zeit am Galgen geendigt hatten, s. bei Stryk in der weiter unten anzuführenden Dissert. c. 2. §. 19.

4) Ueber den Grund dieser gesetzlichen Vermuthung s. das Nähere unten Nr. I. S. 399.

Gesetz den Termin nur gleich Anfangs weiter hinausrücken sollen; oder, wäre dies geschehen oder geschähe es in der Folge noch, — so würde ja stets wieder ein gleicher Grund zur Einschränkung eintreten, indem, wenn hier doch einmal physische Gründe entscheiden sollen, doch soviel außer Zweifel ist, daß die physische Ausbildung des Menschen langsam und unmerklich fortschreitet, und wer heute noch zu den Schwachen gehörte, Morgen nicht mit einem Male den Starken beigezählt werden kann. Durch diese und ähnliche [5] willkührliche Annahmen, welche ein falsches Streben nach Gewißheit in Dingen, die man nicht wissen kann, erzeugt hat, zerstört man muthwillig die Sicherheit, welche uns das Gesetz gibt. Da, wo die Heilkunde vollständige Gewißheit gewährt, wird uns ihre Hülfe hier, wie in anderen Fällen, willkommen seyn; wo sie hingegen bloße Wahrscheinlichkeiten gegen gesetzliche Vermuthungen geltend zu machen sucht, muß man sich ihren Anmaßungen mit Ernst widersetzen, wie dies in Ansehung anderer Gegenstände, z. B. des, auch bei Aerzten zum Gespötte gewordenen, Heisterschen partus tridecimestris längst schon geschehen ist.

Eine der Ursachen, welche unsere Juristen für die Annahme des Unbestimmten und Willkührlichen gegen das Feste und Bestimmte nur allzu empfänglich machten, ist wohl darin zu suchen, daß die Lehren des römischen Rechts über den hier abzuhandelnden Gegenstand so wenig gekannt waren, oder doch in einem viel zu eingeschränkten Sinne verstanden wurden; und eben dieser Ursache ist es denn auch zuzuschreiben, wenn man

---

5) So soll z. B. überhaupt für den früheren Tod des Schwächern die Vermuthung streiten, ferner, wenn mehrere ihr Grab in den Wellen finden, das Ueberleben des Schwimmers vor dem in der Schwimmkunst Unerfahrenen angenommen werden u. dgl. m. S. Stryk l. c. cap. 3. §. 9. cap. 4. §. 3 — 10. cap. 6. §. 10. Vgl. auch Albr. Meckels Lehrb. der gerichtlichen Medizin, (Halle 1821.) §. 237. a. E.

neuere Gesetzgebungen auf Unkosten jenes Rechts vermeintlich größerer Vollständigkeit und Bestimmtheit halber gepriesen findet. Ich glaube dagegen, es lasse sich leicht zeigen, daß dem römischen Rechte, was die Vollständigkeit und Zweckmäßigkeit der Entscheidungsnormen für die hier in Betracht kommenden einzelnen Rechtsfragen anbelangt, ein ganz vorzügliches Lob gebühre. Zwar stellt dieses Recht nirgends allgemeine Regeln über diese Verhältnisse auf, sondern es finden sich in demselben nur einzelne Fälle entschieden. Wenn man indessen in diesen Bestimmungen, auch, wie meistens geschieht, nur singuläre Entscheidungen erblicken könnte, wodurch das gemeine Recht für einzelne Verhältnisse erweitert werde, (was denn doch am Ende wohl auf einer Verwechslung zwischen positivem Recht und jus singulare beruhen dürfte,) so muß doch allemal, wenn von Beschränkungen die Rede ist, welchen die Auslegung und Anwendung der jura singularia unterworfen seyn kann, erst die eigenthümliche Beschaffenheit des in Justinians Sammlung enthaltenen römischen Rechts in Betracht gezogen werden. Ein großer Theil dieses Rechts besteht bekanntlich aus Untersuchungen und Entscheidungen über einzelne Fälle, nicht aber aus eigentlichen Gesetzen; als solche lassen sich nur die ausdrücklich ausgesprochenen, oder erst durch Abstraction zu gewinnenden Regeln ansehen, welche in den besonderen Entscheidungen zur Anwendung gekommen sind [6]. Zwar kann die Interpretation das Resultat ergeben, daß nur der entschiedene Fall als Recht zu betrachten —, also Rechtsregel und concrete Entscheidung identisch seyen —, allein nicht schon durch Singularität des Rechtsgrundsatzes, sondern nur durch Singularität der einzelnen Entscheidung selbst, kann dieses Resultat begründet werden, d. h. wenn entweder ganz offenbar die be-

---

6) Man vgl. hier die vortrefflichen Bemerkungen Thibauts über den Unterschied zwischen ratio legis und ratio decidendi, in der Theorie der log. Auslegung. §. 16. u. 33.

sonderen Merkmale des concreten Falls den Grund, gerade einer solchen Entscheidung, enthalten, oder wenn für andere Fälle, welche sonst nach dem, aus dem jus singulare zu abstrahirenden, Grundsatze zu beurtheilen seyn würden, ausgemacht eine ganz entgegengesetzte Regel gilt [7]). Man hat diese Ansicht, ohne welche es kein nur einigermaßen vollständiges System von Regeln und Grundsätzen des römischen Rechts geben könnte, im Ganzen auch von jeher befolgt; in unserer Materie dagegen glaubte man den Gesichtspunkt nicht enge genug fassen zu können. Allenthalben nur Forschungen über den concreten Inhalt einzelner Stellen —, Untersuchungen über die Fragen: was hier für Dotalfälle, für donationes inter conjuges, für Fideicommisse, Rechtens sey, nicht aber auch über die durch diese Bestimmungen ausgesprochenen Entscheidungsgrundsätze. Die für einzelne Fragen hie und da angenommenen Ausdehnungen [8]) erscheinen im Grunde nur als Inconsequenzen ihrer Vertheidiger, welche sich bei andern ohne hinreichende Gründe auf buchstäbliche Erklärung und Anwendung der sie betreffenden Stellen beschränkten.

Der Zweck der gegenwärtigen Abhandlung nun ist eine kurze und klare Entwickelung der Grundsätze, welche nach des Vfs. Ansicht in dem röm. Rechte über diesen Gegenstand ausgesprochen sind. Eine gelehrte Exegese der einschlagenden Stellen liegt außer dem Kreise dieses Zweckes; auch ist in

---

7) Aus diesem Grunde kann z. B. aus den Privilegien der Frauen in Ansehung der Rechtsunwissenheit eine allgemeine Regel nicht abstrahirt werden, wohl aber aus manchen, den Soldaten in dieser Hinsicht zugestandenen Vorrechten. M. s. meine Abh. über juris und facti ignorantia, in dem II. Bde. dieses Archivs Nr. 35. §. 9. B. und C. a. b. vgl. ebendaselbst S. 435.

8) Wie z. B. von van Voorst (cap. 1. init.) und dessen Gewährsmann Menochius in Ansehung der gleich weiter im Texte zu berührenden Frage: ob die Bestimmungen des römischen Rechts sich auf die in einer gemeinschaftlichen Todesgefahr Umgekommenen einschränken? (a. a. O. cap. 1. init.)

dieser Beziehung für die meisten Stellen so vieles schon geschehen, daß für den, welcher nicht so glücklich ist, Handschriften und alte Ausgaben vergleichen zu können, nur eine höchst unbedeutende Nachlese übrig bleiben dürfte [9]).

Vor allen Dingen entsteht hierbei die Frage: in welchem Umfange diese Lehrsätze des römischen Rechts gelten können? Bekanntlich pflegt man sie nur auf eigentliche commorientes zu beziehen, und zwar auf solche, die durch ein außerordentliches Uebel, als: Erdbeben, Feuersgefahr, Wassersnoth, Schiffbruch, Einsturz, Pestkrankheit u. dgl. m., zusammen dahin gerafft werden [10]). In der That aber begreift

---

9) Von Schriftstellern, die das Ganze umfassen, habe ich folgende vergleichen können. *Hugo Donellus* in comment. ad Tit. Dig. de reb. dub. (in ejusd. comment. jur. civ. ed. Hanov. p. 418 — 437). Joh. Ferd. de *Retes* ad Claudii Tryphonini disput. ex Lib. 21. desunt. quae exstet in lege 9. de reb. dub. comment. p. 365 – 378. *Sam. Stryk* Tr. de Succ. ab int. D. X. (in ejusdem oper. praestant. Vol. IV. p. 1048 — 1070.) Ed. Amisf. *van Voorst.* D. de jure quod oritur ex commorientib. Traj. ed. Rhen. 1757. (Oelrichs thes. nov. diss. in acad. belg. habit. Vol. II. T. II. Nr. IX. S. 359 – 82.) Glücks Intestaterbfolge, §. 3.

10) Recht merkwürdig, allein seines Urhebers ganz unwürdig, ist der von *H. Donellus* dafür versuchte Beweis: „die Präsumtion, daß der Vater sein unmündiges Kind überlebt habe, setze voraus, daß beide in durchaus gleicher Gefahr, gewissermaßen durch einen Streich, getödtet seyen, indem der von seinem Kinde entfernte Vater ja härter und wirksamer getroffen, also früher dahin gerafft werden könne, bei gleicher Gefahr aber stets unmittelbares Beieinanderseyn beider anzunehmen sey, da das Kind sich zum Vater flüchten, und dieser es zu schützen suchen werde, folglich nur in diesem Falle, wo beide einer völlig gleichen äußern Einwirkung ausgesetzt seyen (?), die gesetzliche Präsumtion zur Anwendung kommen könne." (in comment. ad L. 9. §. 1. de rebus dubiis p. m. 426. B.). Daß aus Donells Vordersatze: der Vater wird sein Kind gegen die Gefahr zu schützen suchen, eher das Gegentheil folge, ist längst von Anderen be-

man nicht, was hier gerade die Todes art zur Sache thun soll, da doch der Zweck aller dieser Bestimmungen nur seyn kann, Zweifel, die aus der Ungewißheit des früheren Todes in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse entstehen können, zu entfernen, jene Zweifel aber stets auf gleiche Weise entstehen müssen, es mag ein außerordentlicher Zufall die Ursache des Todes, oder ein natürlicher Tod erfolgt seyn, — mögen die Verstorbenen eigentliche Commorientes, oder in großer Entfernung von einander gestorben seyn. So läßt es sich z. B. sehr wohl gedenken, daß der Tod von Vater und Sohn, wovon der eine in Europa, der andere in Amerika lebte, ausgemacht ist, selbst allenfalls, daß beide eines natürlichen Todes gestorben sind, ohne daß die Priorität des Todes ausgemittelt werden kann. Daß die im römischen Recht angeführten Beispiele meistens nur solche Fälle betreffen, wenn mehrere in einer gemeinschaftlichen Todesgefahr umgekommen sind, ist sehr erklärbar, da diese Fälle wohl am häufigsten die Veranlassung zur Erörterung der hier eintretenden rechtlichen Zweifel geben werden; ein bündiges argumentum a contrario würde man darauf nie gründen können, zum Ueberfluß läßt sich aber das Gegentheil auch noch direct erweisen, indem die L. 11. pr. D. de B. P. sec. tab. den Fall ganz allgemein so stellt: duobus *peregre* defunctis etc., so daß also schon, was den äußern Umfang der Gültigkeit an-

---

merkt; so von Stryk in der D. cit. c. 2. §. 6., welcher indessen meint, wenn auch nicht gerade Zusammenseyn der Commorienten erfordert werden dürfe, so müsse doch die Gefahr im Ganzen die nämliche seyn; z. B. der nämliche Sturm, wenn die im Schiffbruche Umgekommenen sich auch auf verschiedenen Schiffen befinden —, dieselbe Feuersbrunst, wodurch die, wenn gleich in verschiedenen Häusern sich aufhaltenden Commorienten getödtet worden, u. dgl. m. Gründe dafür beizubringen hält er aber für unnöthig.

betrifft, das röm. Recht weiter geht, und vollständiger ist, als das preußische und das französische Gesetzbuch [11].

Was nun den Inhalt dieser Rechtssätze selbst anbetrifft, so wird hier zuvörderst von den beiden bekannten Präsumtionen des röm. Rechts zu handeln seyn.

1) Die erste Vermuthung glaube ich so ausdrücken zu müssen: Im Zweifel ist der Tod des Unmündigen vor dem des Mündigen zu vermuthen. Anwendungen davon finden sich folgende: L. 9. §. 4. in. f. D. de reb. dub. (Tryphonin): — »si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi contrarium approbetur.« — Ein gleiches findet statt, wenn die Mutter mit ihrem unmündigen Kinde in einer gemeinschaftlichen Gefahr umkommt. — L. 23. eodem (Gajus lib. V. ad leg. Jul. et Pap [12]).

Ferner in L. 26. pr. D. *de reb. dotalib.* (Papinian.) Zwischen dem Schwiegervater und dem Tochtermann wird verabredet, daß dem Letzteren das Heirathsgut anfallen soll, wenn seine Frau vor ihm, und zwar mit Hinterlassung eines (wenigstens) einjährigen Kindes, mit Tod abgehe; sterbe das Kind vor der Mutter, diese aber vor ihrem Ehemanne, so solle der Mann einen Theil der dos behalten. Die Mutter

---

11) Beide Gesetzbücher (Pr. LR. Th. 1. Tit. 1. §. 39. und C. N. §§. 720—22.) beschränken ihre Vorschriften auf das Umkommen Mehrerer in einer gemeinschaftlichen Todesgefahr. Das allgem. bürgerl. Gesetzbuch f. die d. Erbländer der österr. Mon. (1. Thl. 1. Hptst. §. 25.) enthält freilich diese Beschränkung nicht; dafür ist aber auch hier die Sache so gut als ganz unbestimmt gelassen. — Uebrigens haben, wie man deutlich sieht, die Verfasser aller drei Gesetzbücher das röm. Recht vor Augen gehabt, und allenfalls nur noch einen Schritt weiter zu thun geglaubt, wie dieses.

12) Es bedarf übrigens des von *Heineccius* ad leg. Jul. et Pap. Popp. p. 320. fingirten Falls nicht, da diese Stelle sich auch auf das Sct. Tertyll. beziehen konnte. Für das praktische Recht hat sie ohnehin eine ganz allgemeine Bedeutung.

kam mit ihrem jährigen Sohne im Schiffbruch um, es konnte daher, wegen der Vermuthung für das frühere Ableben des Kindes, der Mann nur auf einen Theil des Heirathguts Anspruch machen« [13]. Als Grund dieser Vermuthung nun wird fast allgemein die größere physische Kraft mündiger und erwachsener Menschen vor unmündigen angegeben, wodurch es jenen möglich werde, länger gegen die gemeinschaftliche Gefahr anzukämpfen. Wäre dies wirklich der Grund, so würden dennoch die vielen, zum Theil ganz abgeschmackten, und auf blos individuellen Gründen beruhenden, Einschränkungen dieser Präsumtion sowohl, als der zweiten, (für die Fälle, wenn mündige Kinder zugleich mit ihren Eltern sterben,) schlechthin zurückgewiesen werden müssen. Denn wenn das Gesetz auf die größere physische Reife der Mündigen vor den Unmündigen rechtliche Verschiedenheiten gründet, so kann damit begreiflich nicht gemeint seyn, daß der Mensch in dem Moment des Uebergangs von der einen Periode zur anderen plötzlich die Fähigkeiten und Kräfte erhalte, die ihm bis dahin mangelten, wohl aber muß dieser Mangel bis dahin als vorhanden angenommen werden, indem widrigenfalls dasjenige, was durch das Gesetz seine feste Norm erhalten sollte, dennoch stets ein Gegenstand zweifelhafter Wahrnehmungen und Untersuchungen bleiben würde. Hier hat ein positives Recht genug gethan, wenn seine Regeln nach einer gewissen Durchschnittsberechnung als wahr erfunden werden, und es ist eben so lächerlich, zu verlangen, daß diese Regeln in allen Fällen genau mit der Natur harmoniren müssen, als es anmaßend ist, sie in der Anwendung aus individuellen Gründen Einschränkungen zu unterwerfen, was denn eben so viel seyn würde, als sie überhaupt vernichten. — Wäre also in der That der Grund der Präsumtion gewöhnlich dafür angenommen, so dürfte man sich doch nicht für ermächtigt halten,

13) cf. Cujacii comment. ad lib. IV. Resp. Papin. ad leg. cit.

die gesetzlichen Bestimmungen aus bloßen Wahrscheinlichkeitsgründen hintanzusetzen. Es sprechen überdieß aber auch erhebliche Gründe wider die Richtigkeit dieses Grundes. Die Römer führen ihn nirgends an, deuten selbst nicht einmal durch irgend etwas darauf hin; es leidet derselbe auch auf manche Todesarten, und zwar auf solche, die den Römern sehr oft vor Augen schweben mußten, überall keine Anwendung. Wenn z. B. Vater und Kind bei einer Belagerung von dem nämlichen schweren Wurfgeschütz tödtlich getroffen wurden — und überhaupt, wenn Vater und Sohn im Treffen umkommen — läßt sich da wohl ohne Verletzung aller Verstandesregeln noch annehmen: das unmündige Kind sey vor dem Vater gestorben, weil auf dessen Seite das Uebergewicht physischer Kräfte statt gefunden, — oder umgekehrt? Und man denke vollends an die Fälle, wo überall nicht einmal ein außerordentlicher Zufall als die Ursache des Todes anzusehen ist. Warum will man doch nicht lieber geradezu annehmen, was so nahe liegt, und durch so lange Erfahrungen sich bewährt hat: weil von einer gewissen Anzahl von Geborenen die Meisten innerhalb der Jahre der Unmündigkeit wieder sterben, so bezog man diesen Fingerzeig, den die Natur gibt, auch auf einen über Priorität des Todes statt findenden Zweifel! Zwar offenbart sich diese Erscheinung besonders auffallend in der allerfrühesten Lebensperiode des Menschen; — sie zeigt sich bald in merklicher Abnahme, und verschwindet gegen den Schluß der Periode der Impubertät so gut wie ganz. Indessen ist dies ja durchaus auf gleiche Weise der Fall bei allen übrigen Verhältnissen, wo Rechte von dem, mit Rücksicht auf physische Erscheinungen im Menschen bestimmten, Eintritt einer gewissen Zeitperiode abhängig gemacht sind. So wenig also die Römer zu tadeln waren, wenn sie ohne alle Rücksicht auf frühere individuelle Reife erst mit dem 14ten und 12ten Jahre die Heirathsfähigkeit eintreten ließen, eben so wenig kann es auffallen, wenn auch hier die römische Jurisprudenz auf die Anwendung einer Regel verfiel, welche, wenn man

absieht von dem Momente, wo beide Perioden sich einander nähern, und sich gewissermaßen in einander verlieren, sich ebenfalls auf richtigen Beobachtungen und Erfahrungen gründete. Direkte Beweise für die Annahme dieser Voraussetzung gibt es nun zwar nicht; allein da es für die gewöhnlich angenommenen an allem Beweise fehlt, und überdies das Unpassende derselben für eine Menge von Fällen gleichsam in die Augen springt, so darf man wohl diese indirekten Argumente als vollkommen genügend ansehen [14].

Wichtiger noch ist die Frage: ob diese Rechtsvermuthung auf Eltern und Kinder zu beschränken, oder ob sie auch auf andere Personen zu beziehen ist, in Ansehung deren ein Zweifel über die Erstigkeit des Todes entstehen kann? Wenn der Vf. letzteres bejaht, so darf er auch wohl hier wieder nach den Beweisen für die gemeine Lehre, welche eine Beschränkung auf Eltern und Kinder behauptet, fragen. Sieht man nun ab von den Gründen, nach welchen sich dies gewissermaßen von selbst verstehen, und die Folge eines natürlichen Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern seyn soll [15], so bleiben nur die aus dem wörtlichen Inhalte der Stellen hergenommenen übrig; diese aber sind äußerst schwach, da jene Vermuthung so wenig in den Stellen selbst als ausschließliche Regel nur für Eltern und Kinder ausgesprochen ist, noch eine solche Beschränkung sich aus anderen Bestimmungen ergibt. (Man vgl. die obigen Bemerkungen über Anwendung eines jus singulare auf nicht namentlich entschiedene Fälle.) Uebrigens ist es sehr begreiflich, daß Fälle der Anwendung, welche erbschaftliche Verhältnisse und ein Zusammentreffen Unmündiger und Erwachsener zum Gegenstande haben, viel häufiger

---

14) Diese nämliche Ansicht trägt auch *Voorst* c. l. p. 354. vor. Die Gründe aber, aus denen sich die Unanwendbarkeit dieser Präsumtion auf Andere als auf Eltern und Kinder ergeben soll, werden schwerlich eines Lesers Beifall erhalten.

15) S. *H. Donellus* l. c. p. 426. *v. Voorst* p. 355.

in Beziehung auf Eltern und Kinder zur Sprache kamen, als in Beziehung auf Dritte; es spricht mithin für die gewöhnlich angenommene Beschränkung einer auf so natürlichen und allgemein anwendbaren Voraussetzungen gegründeten Vermuthung kein nur einigermaßen erheblicher Grund, und dies ist genug, um derselben auch eine allgemeinere Anwendung zu sichern, ohne daß man zur Unterstützung dieser Ansicht das, freilich sehr unbedeutende, Argument aus L. 9. pr. de reb. dub. herbeiziehen darf. (Denn es ist wohl anzunehmen, daß Tryphonin eher darum von zwei unmündigen Brüdern spricht, weil beiden pupillarisch substituirt wurde, als, um dadurch anzudeuten, daß sich der Fall aus der bekannten Vermuthung nicht entscheiden lasse).

Ausnahmen von dieser Präsumtion gibt es gar nicht. Denn die L. 9. §. 1. D. de reb. dub., worin Tryphonin eine Entscheidung Hadrians anführt, in Folge deren angenommen werden soll, es habe ein im Kriege mit seinem Vater umgekommener Sohn den Vater überlebt, wird auch von Anderen ganz richtig von dem Fall verstanden, daß Beide Soldaten waren — wobei sich dann das mündige Alter des Sohns von selbst versteht [16]. Es enthält auch die L. 11. §. 1. D. de captiv. et postlim. („Sed si ambo apud hostes, et prior pater decedat: sufficiat lex Cornelia substituto non alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in civitate decessisset.") keine Ausnahme, vielmehr eine consequente Anwendung unserer Vermuthung auf den Fall, wenn das Ableben von Vater und Sohn in Folge der fictio legis Corneliae angenommen wird: nur wenn der Sohn zurückkehrt, und im Vaterlande vor erlangter Pubertät stirbt, kann die Pupillarsubstitution bestehen; stirbt auch er in der Kriegsgefangenschaft, so kommt

16) *H. Donellus* l. c. (p. m. 426. Col. B.) — *de Retes* p. 374. Nr. 36. *Stryk* l. c. c. 2. §. 10. *Voonda* l. c. c. 2. (p. m. 361. 62.

auf sein späteres Ableben nichts an, indem alsdann auf den Zeitpunkt der Gefangennehmung gesehen wird, mithin die Bedingung, von welcher die Wirksamkeit aller Pupillarsubstitution abhängt, nämlich der frühere Tod des Vaters, nicht eingetreten ist [17].

---

17) Eine kurze Zusammenstellung der, in den sehr schwierigen und viel besprochenen Stellen: L. 10. und 11. de captiv. et de postlim. L. 28. 29. de V. et P. S. enthaltenen Rechtssätze über den Einfluß der fictio legis Corneliae auf Pupillarsubstitutionen, dürfte hier nicht ganz am unrechten Orte seyn; doch kann dabei auf kritische Schwierigkeiten keine eigentliche Rücksicht genommen werden. — 1) Gerieth nur der Vater in feindliche Gefangenschaft, und kehrte nicht wieder zurück, so wollen Einige die Substitution aus dem Grunde nicht bestehen lassen, weil ja der Sohn noch beim Leben des Vaters sui juris geworden sey. Diese Meinung wird aber mit Recht verworfen, da ja der Vater von dem Augenblicke seiner Gefangenschaft an nicht mehr als Lebender betrachtet werden kann. L. 10 pr. de captiv. L. 28. de vulg. et pup. subst. verb. Quapropter etc. Stirbt nun auch das Kind vor dem gefangenen Vater, so kann die Sache wegen der Gültigkeit der secundae tabulae doch immer keine Schwierigkeit haben. Denn entweder kehrt der Vater zurück, — dann muß angenommen werden, das Kind sey bei seinem Absterben der väterlichen Gewalt unterworfen gewesen, also die Substitution erlischt, — oder der Vater stirbt als Gefangener —, dann besteht die Substitution, da das Kind in Folge der fictio legis Corneliae jetzt den Vater allemal überlebt hat. L. 11. pr. de captiv. „Quodsi filius ante moriatur in civitate, nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit: sive quoniam vivo patre filius familias mori intelligitur, sive quoniam, non reverso eo, exinde sui juris videtur fuisse, ex quo pater hostium potitus est." — 2) Fällt der Sohn vor dem Tode des Vaters in Feindes Hände, und stirbt daselbst, so kann von der Pupillarsubstitution nicht weiter die Rede seyn; L. 28. de V. et P. S. verb. „quia non efficitur per eam (legem), ut is qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat." — 3) Wenn das Kind nach des Vaters Tode in feindliche Gefangenschaft geräth, und

II) Die zweite Rechtsvermuthung: so oft es gewiß ist, daß ein Kind bei seinem Tode die Jahre der Mündigkeit bereits erreicht hatte, wird im Zweifel allemal das frühere

---

in Feindes Lande stirbt, so ist zwar nach den Buchstaben des Gesetzes nicht für den Bestand der Substitution zu entscheiden, L. 10. §. 1. de captiv. („in promptu est dicere, legem Corneliam de tabulis secundis nihil locutam, ejus dumtaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset"), weil indessen doch die legitima hereditas auch eines Gefangenen Unmündigen dessen Intestaterben deferirt, (vrgl. Pauli recept. sent. Lib. III. Pit. IV. A. § 8.) mithin der Unmündige als ein solcher, welcher einen Erben haben **kann**, anerkannt wird, — allein ausgemacht über sein Vermögen nicht selbst testamentarisch verfügen darf, so ist es billig, daß der Prätor hier den väterlichen Willen, so gut wie dort das Gesetz respektire. („Plane etiam impuberis captivi hereditatem per legem Corneliam deferri: quoniam verum est, ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse, et ideo non esse alienum, praetorem subsequi non minus patris quam legis voluntatem, et utiles actiones in hereditatem substituto dare. S. auch L. 28. D. de V. et P. S. verb." sed si pater etc. vgl. ed. *Gebauer Sp.* not. 97.) — 4) Der im Texte vorgetragene Fall: Vater und Sohn kommen Beide zu gleicher Zeit in Feindes Gewalt, — dessen Entscheidung nach der Consequenz ganz entgegengesetzt ausfallen muß, wenn 5) beide zu verschiedenen Seiten, und zwar zuerst der Vater, in feindliche Gefangenschaft gerathen; doch stimmt hiermit die L. 29. D. de V. et P. S. („Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, et ibi ambo decedant, quamvis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit, nisi reversus in civitate impubes decedat: quoniam et si ambo in civitate decessissent, veniret substitutus") nicht überein, und schwerlich kann hier das mox die Bedeutung von simul haben; die Stellen bei *Brisson* (*v. Mok*), worauf man sich wohl beruft, um dies zu beweisen, gehören überall nicht hieher. — Vgl. übrigens mit dieser Darstellung *Cujacius* in Lib. 29. *Qu. Papin.* ad L. 10. 11. de captiv. und *Voorst* l. c. S. 364 — 369.

Ableben eines Ascendenten angenommen —, beruht nicht auf einem so allgemein durchgreifenden Grunde wie jene erstere; die römischen Juristen bringen bei Anwendungen, die sie davon machen, auch meistens noch einen unterstützenden Nebengrund bei, entweder eine Berufung auf kaiserliche Auctorität (D. Hadrianus credidit, patrem prius mortuum), oder auf das, was der Billigkeit und der gewöhnlichen Vorstellungsweise gemäß sey (humanius est credere filium diutius vixisse.). Ohne Zweifel dachte man sich hier den vollkräftigen Jüngling neben seinen, in vorgerückten Jahren stehenden Eltern, — jenen in der Lebensperiode, wo die Sterblichkeit am wenigsten groß zu seyn pflegt, diese, meistens beträchtlich älter, bereits in der Zeit der wieder zunehmenden Sterblichkeit —; dadurch ist aber die Anwendung auf die Fälle, wenn ein so eben erst mündig gewordenes Kind neben der noch jugendlichen Mutter, neben dem noch unter der Mittagslinie des Lebens stehenden Vater, stirbt, keineswegs ausgeschlossen. — Dies, so wie, daß diese Rechtsvermuthung, obgleich nur ausgesprochen für Eltern des ersten Grades, auf alle Ascendenten anzuwenden ist, nicht aber auch auf Dritte, indem es hier an allem Maßstabe, wie er sich in Beziehung auf Eltern und Kinder findet, fehlt, — wird eines besondern Beweises nicht bedürfen. Die Regel selbst nun findet sich angewandt in L. 9. §. fin. L. 16. pr. L. 22. D. de reb. dub. Einer besondern Erwähnung verdient der in L. 16. pr. enthaltene Fall: es hatte die Schwiegermutter sich die Zurückgabe der dos auf den Fall stipulirt, daß ihre Tochter vor Auflösung der Ehe sterben würde, die Wirksamkeit dieser Stipulation hing davon ab, daß sie selbst ihre Tochter überlebte [18]; da nun Mutter und Tochter in gleicher Todesge-

18) Ueber den Grund dieser Bedingung sehe man die Glosse ad h. l. Nr. 2, *Donellus* ad h. l. p. m. 433., und besonders *de Retes* l. c. p. 373. Vgl. auch die unten folgende Erklärung von L. 16. §. 1. eodem. Ferner von L. 8. eodem. L. 32. §. 14. de don. int. V. et ux. L. 26. de mort. c. donat.

fahr umkamen, und nicht auszumitteln war, welche von beiden zuerst gestorben sey, also das frühere Ableben der verheiratheten, mithin mündigen, Tochter angenommen werden mußte, so konnte diese letztere Bedingung nicht für eingetreten angesehen, folglich dem Erben der Mutter die Klage aus der Stipulation ihrer Erblasserin nicht gegeben werden. — Als Ausnahme von dieser Regel aber kündigt sich ganz deutlich die L. 9. §. 2. de reb. dub. an. Zum Vortheil des Patrons soll im Zweifel allemal angenommen werden, es habe ein Freigelassener sein Kind überlebt. „Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius. *Hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.*" Als eine zweite Ausnahme muß man denn auch wohl die in der L. 17. §. 7. ad. Sct. Trebell enthaltene Entscheidung gelten lassen. („Si quis autem susceperit quidem filium, verum vivus amiserit: videbitur sine liberis decessisse. Sed si naufragio, vel ruina, vel adgressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit: an condicio defecerit, videamus? Et magis non deficisse arbitror, quia non est verum, filium ejus supervixisse. Aut igitur filius supervixit patri, et extinxit condicionem fideicommissi: aut non supervixit, et exstitit condicio: cum autem quis ante, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse condicionem fideicommissi magis dicendum est.") Die Bedingung des Fideicommisses war hier: „ut, si sine liberis decessisset, restitueret hereditatem fratri suo." (§. 5. ibid.) Wollte man aus dem Ausdrucke: „si quis susceperit quidem filium" — schließen, es sey hier von einem unmündigen Kinde die Rede, so würde die Entscheidung eine consequente Anwendung der gesetzlichen Vermuthung für das Ueberleben des Mündigen enthalten, diese Erklärung selbst aber gewänne eine nicht unbedeutende Stütze dadurch, wenn man mit der Vulg. statt, quia non est *ve-*

rum, lesen wollte: „quia non est *verisimile* filium ejus supervixisse“, indem der Jurist bei dieser Zurückführung der Entscheidung auf eine Regel der Wahrscheinlichkeit wohl nur unsere Rechtsvermuthung vor Augen gehabt haben könnte. Immer aber ist diese Interpretation sehr unsicher, und schwerlich bleibt etwas anderes übrig, als hier eine Ausnahme zu Gunsten der Fideicommisse anzunehmen [19]), welche ihren Grund in einer noch etwas erweiterten Anwendung des Princips hat, unter dem die am Schlusse dieser Abhandlung zu erklärenden Stellen stehen.

Weiter nun geht das röm. Recht in seinen Präsumtionen nicht, und wird hierin allerdings durch das französische Civilgesetzbuch übertroffen, welches anordnet: wenn von Zweien in gleicher Gefahr Umgekommenen der Eine älter als 60 Jahre, der Andere unter diesem Alter sey, so werde das Ueberleben des Letzteren angenommen, sonst aber das Ueberleben des Aelteren vor dem, welcher noch nicht 15 Jahre alt sey; seyen beide noch unter 15 Jahren, so werde der frühere Tod des Jüngsten, über dies Alter hinaus aber der des Aeltesten vermuthet, außer daß von mehreren, die in dem Alter zwischen 15 bis 60 Jahren stehen, bei gleichem Alter, oder einer Verschiedenheit von nur Einem Jahre, das Ueberleben der Personen männlichen Geschlechts anzunehmen. (C. N. art. 720—722.) — Uebrigens kennt dies Gesetzbuch keine andere Anwendung dieser ganzen Lehre, als für die Frage: wer von den Mehreren des Anderen Erbe geworden? und bestimmt überall nicht, wie es zu halten sey, wenn die aufgestellten Vermuthungen zu keinem Resultate führen. Es läßt sich also nur annehmen, daß alsdann Keiner des Anderen Erbe geworden sey. Dies bestimmt auch das österreichische Gesetzbuch ausdrücklich (§. 25.), welches übrigens, eben so wie das preußische Landrecht, von Vermuthungen gar nichts

19) Wie dies auch gewöhnlich angenommen wird. *v. Stryk* c. l. cap. V. §. 17. sqq. Glück Intestaterbfolge, S. 10.

weiß. Das römische Recht nun ist vollständiger, wie diese neueren Legislationen, indem es für alle Fälle der Anwendung sorgt, und zwar nicht etwa durch eine allgemeine Negation, sondern mit steter Rücksicht auf wesentliche Verschiedenheiten der Fälle, wobei aber als Grundregel hervortritt: daß im Zweifel, und so weit es irgend geschehen kann, eher allemal die Gültigkeit als die Ungültigkeit einer rechtlichen Disposition anzunehmen sey. Wenn nämlich mehrere, die nicht in dem Verhältnisse der Ascendenten und Descendenten zu einander stehen, sterben, ohne daß die Zeit des Todes sich ausmitteln läßt, so tritt ein blos negativer Erfolg alsdann ein, wenn aus juristischen oder natürlichen Gründen, der Beweis: wer von den Commorienten der Ueberlebende sey? schlechthin erfordert wird; es tritt also nicht ein, was durch Anordnung des Gesetzes oder durch Privatdisposition von dem Ueberleben des Einen für den Andern, dessen Erben, oder auch für dritte Personen, abhängig gemacht ist.

So in folgenden Fällen [20]), aus denen man sich die Regel für ähnliche leicht abstrahiren kann: L. 16. §. 1. (Marc. Lib. 3. Reg.) L. 17. (Paul. Lib. 12. ad Plaut.) L. 18. (Marc. lib. 3. Regul.) D. de reb. dub." Item quaeritur, si extraneus, qui dotem stipulatus est, simul cum marito decesserit, vel cum ea, propter quam stipulatus esset: an ad heredem suum actionem transmittat? (Es wird dies Beispiel, so wie die beiden folgenden, unmittelbar an

20) Auch auf den Fall, wenn lebendige Sachen in gleicher Gefahr mit ihrem Herrn umkommen, wird dies Princip angewandt, um nämlich die Größe des Vermögens zur Zeit des Todes zum Zwecke der Berechnung der Falcidischen Quart zu bestimmen —, ebenfalls aus dem Grunde, weil es gewiß seyn muß, daß die Sachen, von welchen die Quart abgezogen werden soll, zur Zeit des Todes des Erblassers noch existirt haben." L. 18. §. 1. de reb. dub. „sed et circa legem Falcidiam, si dominus cum servis simul vita functus sit, servi, quasi in bonis ejus mortis tempore fuerint, non computantur."

den oben vorgetragenen Fall angeknüpft, wo dem Erben der Mutter die Klage auf Zurückforderung der dos abgesprochen wurde, weil die Mutter zugleich mit ihrer mündigen Tochter umgekommen, folglich anzunehmen war, die letztere habe sie überlebt; also wenn ein extraneus, welcher eine dos adventitia bestellte, und sich deren Zurückgabe stipulirte, zugleich mit dem Manne, oder aber zugleich mit der Frau stirbt, kann sein Erbe alsdann die Klage anstellen?) L. 17. „Idem est, si dos uxori praelegata sit, et simul cum marito perierit.“ L. 18. „Sed et in illo quaeritur, si pariter pupillus et qui ei substitutus erat frater necessarius (wegen dieses Ausdrucks ist zu vergleichen L. 10. §. 1. de V. et P. subst.) decesserit, an frater fratri exsistat heres, an contra? vel, si duo invicem necessarii substituti sunt, et una perierint, an heres exstitisse videantur, vel alter alteri, [sc. restituisse] hoc est, si invicem hereditatem rogati fuerint restituere? In quibus casibus, si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum amisit, non videtur alter alteri supervixisse.“

Keiner kann also in diesen drei Fällen als der Ueberlebende angesehen werden, woraus denn von selbst hervorgeht, daß die Verfügungen, welche sämmtlich voraussetzen, daß der, welcher dadurch ein Recht erhalten soll, den anderen überlebt haben müsse, nicht wirksam werden können; denn der auf die Zurückgabe der dos adventitia gestellte Vertrag besteht nur als Personalvertrag [21]; — der Legatar muß den Erblasser überlebt haben, und eben so der Substitut denjenigen, welchem er direct oder fideicommissarisch substituirt ist.

Aber auch wenn die Disposition Rechte dritter Personen bestimmt, besteht sie nicht, so bald es eine unerläßliche Bedingung ihrer Wirksamkeit ist, daß einer der Commorienten den anderen überlebt haben müsse, also namentlich, wenn

21) S. oben Note 18.

sich nicht bestimmen läßt, wieviel ein Dritter erhalten soll, ohne daß man weiß, wer von den Gestorbenen den anderen überlebt hat. Von einem solchen Falle handelt die L. 34. D. ad. Sct. Treb. (Marc. Lib. 2. reg.) „Si ejus qui novissimus ex filiis mortuus est, partem hereditatis propinquo voluit pater restitui, et simul fratres diem suum obiissent: propinquum, si non ostenderit, quis novissimus obiisset, ad partem hereditatis non admitti: sed matrem ex Tertylliano Scto. ad utriusque hereditatem admitti constat.« Da hier der Fideicommissar so wenig auf das Ganze, als auf einen schlechthin bestimmten Theil des Ganzen angewiesen ist, sondern nur den Theil des Zuletzt' verstorbenen erhalten soll, die Quantität des Fideicommisses sich also nicht ausmitteln läßt, wenn es ungewiß ist, wer der Ueberlebende gewesen, so konnte das Fideicommiß nicht wirksam seyn [22]). Dagegen besteht die Disposition in Fällen, wo entweder nur von der Verwandlung eines bereits erfolgten, aber widerruflichen, Erwerbs in einem unwiderruflichen die Rede ist, oder wo zwar der Buchstabe der Disposition ihrer Gültigkeit hinderlich seyn würde, ihr Sinn aber, aller verständigen Auslegung zufolge, kein anderer ist, als daß derjenige, dessen Vortheil sie bezweckt, auf jeden Fall etwas erhalten soll, sobald nur Er der Ueberlebende ist.

Zur Erläuterung des ersten Satzes dienen die Beispiele von Schenkungen, welche erst durch den Tod des Schenkers ihre volle und unwiderrufliche Wirkung erhalten; so namentlich die Schenkung unter Ehegatten. Zwar machen die Worte des Gesetzes den Bestand solcher Schenkungen von dem Ueberleben des Beschenkten abhängig; allein da sie im Grunde nur durch ein an die Person des Schenkers geknüpftes Reu- und Rückfallsrecht eingeschränkt wurden (L. 32. § 2. de donat. int. V. et U.), so ist es gewiß eine der Absicht des Gesetzgebers vollkommen gemäße Interpretation der röm. Juristen,

22) S. v. Voorst S. 377.

daß eine Schenkung dieser Art stets convalescirt, wenn nicht das Ueberleben des schenkenden Ehegatten erwiesen werden kann. (L. 32. §. 14. all. verb. »puto donationem valuisse: — ait enim oratio, si prior vita decesserit, qui donatum accepit; non videtur autem prior vita decessisse, qui donatum accepit, cum simul decesserint. Proinde rectissime dicetur, utrasque donationes valere, si forte, invicem donationibus factis, simul decesserint, quia neuter alteri supervixerit, licet de commorientibus oratio non senserit. — Nam et circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere, neutri datam condictionem.« Hiervon wird nun auch eine consequente Anwendung auf den Fall gemacht, wenn beide Ehegatten zu gleicher Zeit in Feindes Gewalt gerathen sind: »Secundum haec, si ambo ab hostibus simul capti sint, amboque ibi decesserint, non simul: utrum captivitatis spectamus tempus, ut dicamus donationes valere, quasi simul decesserint, an neutram, quia vivis eis finitum est matrimonium: an spectamus, uter prius decesserit, ut in ejus persona non valeat donatio, an uter rediit, ut ejus valeat?« (Also: ist die Schenkung unbedingt gültig, oder unbedingt ungültig, oder kommt es auch jetzt noch auf die Zeit des erfolgten natürlichen Todes an, oder muß man sagen, daß nur die Schenkung für den bestehe, welcher allein aus der Gefangenschaft zurückkehrt!) »Mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis, quasi tunc defecerint (decesserint): quod si alter redierit, eum videri supervixisse, quia rediit.« Mit dieser Entscheidung stimmen auch überein L. 8. D. de reb. dub. (verb. »quaestionis decidendae gratia magis placuit valere donationem: *eo maxime, quod donator non supervivat,* qui rem condicere possit«), und eine Anwendung dieses Grundsatzes auch auf andere Fälle, wo durch den Tod des Schenkers die Schenkung convalescirt, hat Marcian in der

L. 26. D. de mort. c. donat. „Si qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repetat: quia neuter alteri supervixit."

Der **zweite** Satz aber, daß der bloße Buchstabe einer Disposition ihrer Wirksamkeit nicht hinderlich sey, sobald ihrer Ausführbarkeit nur keine sonstigen Gründe im Wege stehen, wird durch folgende Anwendungen außer Zweifel gesetzt: Wenn Jemand sich die Zurückforderung der dos auf den Fall, daß die Frau in der Ehe sterben würde, ausbedungen hat, so ist der Sinn dieser Vereinbarung offenbar kein anderer, als: die Frau soll die dos lucriren, wenn die Ehe bei ihren Lebzeiten aufgelöst wird; kann sie selbst aber sie nicht bekommen, so behält sich der Geber das Rückfallsrecht vor, welches mithin allemal wirksam werden muß, wenn die Frau, noch ehe ihr ein unbedingtes Recht erworben war, vor dem Stipulator stirbt. L. 9. §. 3. D. de reb. dub. „Si maritus et uxor simul perierint, stipulatio de dote ex capitulo, si in matrimonio mulier decessisset, habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse."

Eine andere Anwendung enthält die viel besprochene L. 9. pr. D. de reb. dub. 23). Sie lautet nach der Geb. Sp.

---

23) Vgl. die Glosse ad h. l. *H. Donellus* p. 424. sq. (Er glaubt übrigens dabei noch voraussetzen zu müssen, daß auch die Mutter der Unmündigen nicht mehr am Leben gewesen sey, weil diese sonst jure legitimae hereditatis den Substituten ausgeschlossen haben müßte, arg. §. 6. J. de pup. subst.) *Ant. Faber* conjectur. lib. XIII. c. 14. (*F.* nimmt an, daß, in Folge des väterlichen Willens, der eine Bruder als heres necessarius des Anderen anzusehen sey, wie wenn sie ausdrücklich einander pupillarisch substituirt wären.) *F. F. de Retes* pr. 365. sq. (die Disposition bestehe als fideicommissarische Substitution, arg. l. 87. §. 2. de leg. 2.) *Averanius* interp. jur. lib. V. c. 31. (**Titius** sey Substitut jedes Einzelnen von beiden Unmündigen. Man brauche also so wenig anzunehmen, daß diese unter sich einander substituirt seyen, noch auch, daß der Substitut in Folge

Ausgabe also: (Tryphoninus lib. XXI. Disp.) „Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moritur, Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt. Quaesitum est, an substituto, et cujus hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestate heres erit, posteriori substitutus: in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem: in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit: nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse: et proximus adgnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit: et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt. Der Sinn dieses Fragments ist klar; der Substitut erhält die Verlassenschaften beider, weil er allemal das Ganze bekommen sollte, so bald Keiner der beiden Brüder mehr am Leben seyn würde; denn hier, wo nicht einmal eine Verhältnißbestimmung von dem Beweise: wer den anderen überlebt habe? abhängt, kommt gar nichts darauf an, wer zuletzt gestorben ist, eben so wenig, als in einem solchen Falle die Substitution ungültig seyn würde, wenn der Erblasser überhaupt nur einen Sohn gehabt hätte. Auf gleiche Weise wird die Sache in L. 34. pr. und L. 42. de vulg. et pup. subst. und in L. 11.

---

einer in integrum restitutio, oder auch einer Fiktion, wodurch der Eine der Verstorbenen als des Anderen heres necessarius erscheine, die Jedem derselben angefallene legitima hereditas des Anderen erhalte). — v. Voorst S. 369. f. (vertheidigt die richtige Ansicht des Averanius).

pr. de B. P. sic. tab. [24]) entschieden. — Die grammatische Schwierigkeit unseres Fragments nun, welche hauptsächlich in den Worten: »in ea tamen hereditate« bis: ex facto prioris mortui sumitur —, liegt, ist von den mir bekannt gewordenen Auslegern so gut wie gar nicht berücksichtigt worden. Daß das Fragment corrumpirt sey, kann keinem Zweifel unterworfen seyn. Nachdem ich lange darüber nachgedacht, wie durch eine möglichst gelinde Emendation die Stelle wiederherzustellen sey, und vergebliche Versuche gemacht hatte, das quia cum durch Contraction, und mit einer leichten Veränderung der Endsilbe in eine passende Fragepartikel zu verwandeln, (quia nam, quia ne, sind hier nicht passend), blieb ich dabei stehen, daß quia als bloßes Glossum zu cum sich in den Text eingeschlossen, statt des letztern Wortes aber ursprünglich num im Texte gestanden habe, so daß mithin die Stelle im Zusammenhange so lauten müsse: in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt: num neutri frater superstes fuit, quasi (als Grund des vorhergehenden Satzes, wie das folgende quia) utrique ultimi u. s. w. bis sumitur. Hiernach würde also Tryphonin den Satz als ausgemacht zum Grunde legen, daß der Eine den Anderen nicht überlebt habe, die Entscheidung selbst aber von dem Grunde jenes Satzes abhängig machen. Hat also (so würde er fragen,) Keiner den anderen überlebt, weil sich gewissermaßen Beide als die Zuletztgestorbenen ansehen lassen? oder: weil Niemand für den Zuletztgestorbenen zu halten ist, indem von einem Ueberlebenden überhaupt nur in Beziehung auf einen früher Gestorbenen die Rede seyn kann? Billigt man den letzteren Grund, also: [Niemand hat den Anderen überlebt — denn es ist logisch gar nicht möglich, hier von dem

---

24) *Cujacii Papinianus*, ad lib. 13. Quaest. Pap. ad leg. cit. — Anders interpretirt die Stelle *de Retes* (p. 369.) wegen der Worte: si *substitutus* ignoret."

Ueberleben des Einen oder des Anderen zu sprechen — es ist mithin Keiner der Letzte, — so fehlt die Voraussetzung ganz, von welcher die Wirksamkeit der Substitution abhängt. Nimmt man dagegen an: Beide waren die Letzten, so tritt auch der Substitut an die Stelle von Beiden. Diesen Grund nun billigt Tr. „Sed superior sententia magis admittenda est, ut (so daß also) utrique heres sit." Hierzu passen denn auch sehr gut die weiter folgenden Erläuterungen durch den supremus und proximus, wobei überall nicht eine Collision mit Anderen vorausgesetzt werde, sondern nur, daß man durch Niemand ausgeschlossen sey, ferner die Wiederholung des hier nur etwas anders gestellten Entscheidungsgrundes am Schlusse: et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt."

Doch ist allerdings nicht zu läugnen, daß nach dieser Erklärung des Tr. Deduction mehr Spitzfindigkeit als logische Schärfe verräth; und dieser Umstand insbesondere scheint einer Erklärung meines Collegen Schilling sehr zur Empfehlung zu gereichen, wenn ich gleich die Nothwendigkeit der von ihm vorgeschlagenen Emendation nicht einsehe, sobald man nur die Worte: num neutri etc. und an neutri etc., nicht für die eigentliche Frage, sondern für den durch die Frage näher zu bestimmenden Satz hält, die Worte: ut utrique heres sit aber (— und dagegen werden Grammatik und Logik noch weniger etwas zu erinnern haben) ebenfalls nicht für den Fragesatz selbst, sondern für einen bloßen Folgesatz aus diesem erklärt. Die Interpretation des Hrn. Prof. Schilling nun, die ich hier mittheile, lautet also:

„In der L. 9. pr. D. de reb. dub., und zwar in dem Satze: in proposita autem quaestione etc., scheinen mir zwischen den Worten: ubi simul perierunt, utrum, (welches letztere Wort in den Gothofredischen Ausgaben und bei Haloander steht,) — und den: *quia*, cum neutri etc. folgende drei Worte ausgefallen zu seyn: *utrique* (oder auch utrisque) heres est, so daß der Satz vollständig so lautet:

In proposita autem quaestione ubi simul perierunt, utrum utrique heres est, (oder vielleicht auch des Wohlklangs wegen: num utrique heres est, so daß jenes utrum aus dem utrique entstanden ist,) quia, cum neutri frater superstes fuit etc.? an vero neutri, quia comparatio etc.? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit. — Die Annahme jener ausgefallenen Worte scheint mir aus einem doppelten Grunde nothwendig: 1) wegen der Frage: an vero neutri, welcher offenbar eine entgegengesetzte Frage vorausgegangen seyn muß; 2) wegen der Entscheidung: sed superior sententia etc., worin der Inhalt der obigen Frage bestimmt angedeutet wird. Ohne die Annahme jener Worte würde die zweite Frage: an vero neutri, auch grammatisch betrachtet, keinen bestimmten Gegensatz haben; statt des Dativs neutri müßte man vielmehr den Nominativ neuter erwarten, damit die zweite Frage mehr correspondire den Worten der ersten Frage: quasi utrique ultimi decessisse videantur. (Denn diese Worte muß man nach der gewöhnlichen Lesart für Worte der Frage selbst halten, während ich sie, in Verbindung mit quia, für den vom Juristen angeführten Grund, warum die erste Frage bejahend beantwortet werden kann, ansehe [25]). Ferner würde ohne die Annahme jener ausgefallenen Worte das Mißverhältniß entstehen, daß blos der zweiten Frage, nicht auch der ersten, ein Grund, der für sie spricht, beigefügt wäre. Endlich müßte man auch bei der vom Juristen gegebenen Entscheidung beider Fragen erwarten, daß sie den Worten der ersten Frage, für die sie ausfällt, mehr angepaßt, und statt: ut utrique heres sit, vielmehr so gestellt worden wäre: ut quasi utrique ultimi decessisse videantur [26]). Alle

---

25) So auch ich; allein ich beziehe in der mir eigenthümlichen Erklärung die Frage selbst eben auf diesen Grund. M.

26) Gewiß ist es eben so sehr im Geiste der römischen Juristen anzunehmen, daß Tr. hier, ohne den vermittelnden Vordersatz zu

diese Schwierigkeiten fallen weg, wenn man die von mir vorgeschlagenen drei Worte als den Inhalt der ersten Frage annimmt, und alles hängt dann, däucht mir, wohl zusammen. Die zweite Frage correspondirt der ersten; (denn hinter den Worten: an vero neutri, ist in Gedanken zu suppliren: heres est.) jeder Frage ist ein Grund beigefügt, und die Entscheidung entspricht in den Worten eben so, wie im Gedanken, ganz der ersten Frage. — Daß übrigens in den Handschriften oft Worte ausgefallen sind, bedarf für Sachkundige keines weiteren Beweises."

XXVIII.

Nachtrag zu dem Aufsatz über L. 34. T. 2. D. de pignoribus. (Bd. IV. H. 1. Nr. VII. S. 31.)

Vom
Professor Dr. Baumbach, in Jena.

I. Schon bei einer andern Gelegenheit habe ich die Nachweisung gegeben, welche jedoch passender hier steht, daß sich die richtige Ansicht der L. 34. §. 2. bereits in zwei sehr alltäglichen Büchern findet, in D. Gothofreds Noten zum Corp. jur. civ. und in Westphal's Pfandrecht, dritte Aufl. S. 9. Note 58. Daß sie da nicht früher von mir bemerkt worden, wird man mir um so weniger zur Last legen, da selbst einem Glück jene Vorgänger gänzlich unbemerkt geblieben waren. Jetzt sehe ich nun freilich aus *Mudaei* commentar. de pignorib. Cap. quae res obligatae

---

wiederholen, auf den die Untersuchung zunächst gerichtet war, sogleich das aus demselben sich ergebende Resultat habe folgen lassen. M.